

Audience publique du 5 avril 2006

Recours formé par
Monsieur ..., ...
contre un arrêté grand-ducal
en matière de refus de nomination

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 20436 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 11 octobre 2005 par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., ... , demeurant à L- ... , tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'un arrêté grand-ducal daté du 6 septembre 2005, notifié le 21 septembre 2005, refusant de faire droit à sa demande de nomination au poste de chef de la division des « *Affaires Générales* » de la Direction ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du Gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 11 janvier 2006 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 7 février 2006 par Maître Jean-Marie BAULER au nom et pour compte du demandeur ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du Gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 7 mars 2006 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment l'arrêté grand-ducal daté du 6 septembre 2005 critiqué ;

Entendu le juge-rapporteur en son rapport à l'audience publique du 13 mars 2006, ainsi que Maître Nadia JANAKOVIC en remplacement de Maître Jean-Marie BAULER et Madame le délégué du Gouvernement Jacqueline JACQUES en leurs plaidoiries.

En date du 7 novembre 2003, le directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le «*Directeur*», procéda à un appel de candidatures à l'adresse des fonctionnaires des grades 12 et 13 ayant passé avec succès l'examen pour le grade de contrôleur

pour le poste de chef de la division des « Affaires Générales » de la direction des Contributions directes.

En date du 19 novembre 2003, Monsieur ... posa sa candidature pour le poste en question.

Suivant courrier du 23 décembre 2003 du directeur, la candidature de Monsieur ... fut refusée. Ladite décision est de la teneur suivante :

« Monsieur l'attaché de gouvernement 1^{er} en rang,

Je me réfère à l'appel de candidatures no. I/1178-2003 du 7 novembre 2003, à votre candidature y relative du 19 novembre 2003, ainsi qu'à notre récente entrevue en mes bureaux et je tiens à vous remercier pour l'intérêt que vous avez témoigné pour le poste vacant.

Néanmoins je suis au regret de vous confirmer que je me vois dans l'impossibilité de donner une suite favorable à votre demande pour occuper le poste de chef de division des Affaires Générales. En effet, vous faites partie des cadres de la carrière supérieure de l'administration des contributions, alors que le règlement grand-ducal modifié du 19 octobre 1977 fixant l'organisation de l'administration des contributions directes indique en l'article 4 du titre 2 que « les inspecteurs de direction premiers en rang et les inspecteurs de directions gèrent les divisions 1 à 14 énumérées à l'article 2 ou y sont attachés comme adjoints suivant les besoins du service », donc y compris la division 12, soit celle des Affaires Générales.

En outre, pour ce poste, qui englobe entre autres la responsabilité de la gestion du personnel et du budget de l'Administration des Contributions – domaines qui connaissent tous les deux une législation et une réglementation pour le moins très complexes – la continuité des cadres est une condition impérative pour l'attribution du poste. Ceci ne constitue cependant en aucune façon une évaluation ni de votre qualification, ni de la qualité de votre travail. Au contraire, je me réjouis du travail que vous fournissez actuellement au sein du service informatique et je reste convaincu que votre présence dans ce service servira au mieux les intérêts de l'administration des contributions ».

Par courrier recommandé du 6 janvier 2004 à l'adresse du ministre des Finances, Monsieur ... introduisit un recours hiérarchique tel que prévu par l'article 33 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat à l'encontre de la décision de refus du 23 décembre 2003, recours qui fut adressé en copie au directeur.

Dans ce recours, Monsieur ... réfute les arguments du directeur pour motiver le refus de nomination au poste convoité par lui. Il fait notamment état de ce qui suit :

« (...)

Dans son courrier Monsieur le Directeur invoque ma non éligibilité étant donné que je fais partie de la carrière supérieure et que le cadre législatif portant sur l'organisation des Contributions prévoit que les divisions soient gérées par des Inspecteurs de direction (premiers en rang ou non). Alors que cette argumentation ne souffre d'aucun vice de forme, elle se réfère à

une réglementation obsolète puisqu'elle ne tient aucunement compte des réalités du terrain. Si les fonctionnaires de la carrière supérieure se voient exclus des postes à responsabilités, alors pourquoi en recruter ?

Je suis d'autant plus étonné de cette argumentation qu'au moins trois divisions (Relations internationales, Impôt en général et Législation) de la direction des Contributions bénéficient d'un chef issu de la carrière supérieure. S'impose la constatation que deux poids et mesures sont appliqués.

Il serait donc hautement indiqué de procéder à une mise à jour du cadre législatif, ce à quoi Monsieur le Directeur ne semble pas être disposé (ceci a été confirmé dans le cadre d'un entretien personnel).

Afin de me mettre en mesure d'évaluer mes opportunités d'évolution, je vous prie d'éclaircir le rôle de la carrière supérieure au sein de l'administration des Contributions directes.

Dans son courrier, Monsieur le Directeur mentionne « une législation et une réglementation pour le moins très complexes » et indique que la « continuité des cadres est une condition impérative pour l'attribution du poste ». Pourquoi alors procéder à un appel de candidature si de toute façon une seule personne au sein de l'administration répond à ces conditions ? En supplément peut-on se demander pourquoi ce poste ne profite-t-il pas d'un statut hors cadre ?

Sans vouloir mettre en cause les compétences des collègues de la carrière moyenne disposant de la formation fiscale demandée, je me demande dans quelle mesure cette dernière pourrait mieux les préparer aux missions complexes du poste en question qu'une formation universitaire en informatique, dotée d'un module de gestion des ressources humaines.

Finalement, la dernière phrase du troisième paragraphe du courrier de Monsieur le Directeur invoque que ma « présence dans ce service [la division informatique] servira au mieux les intérêts de l'administration des contributions » ou tel que formulé par Monsieur le Directeur lors de mon entrevue que je devais continuer à évoluer au sein de la division informatique pour des raisons de service. Alors que ce raisonnement est tout à fait légitime, je me demande dès lors s'il ne faudrait pas créer des postes hors cadres dans la carrière supérieure pour formaliser cette spécificité qui vient de me léser ? »

Ledit recours hiérarchique étant cependant resté sans réponse, Monsieur ... s'est adressé au Gouvernement en conseil en date du 9 avril 2004, lequel, dans sa séance du 3 septembre 2004, a rejeté la réclamation comme non fondée.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 18 janvier 2005, Monsieur ... a fait introduire un recours contentieux à l'encontre de la décision du directeur du 23 décembre 2003, ainsi qu'à l'encontre de la décision prise par le Gouvernement en conseil du 3 septembre 2004, recours qui aboutit à un jugement du tribunal administratif du 29 juin 2005, numéro 19190 du rôle, qui, ayant reçu le recours en annulation en la forme, le dit justifié quant au fond et partant

annula les décisions du directeur de l'administration des Contributions pour incompétence de l'autorité ayant statué et renvoya l'affaire devant l'autorité compétente.

En exécution de ce jugement le Grand-Duc prit en date du 6 septembre 2005 un arrêté grand-ducal confirmant « *la proposition du directeur de l'administration des contributions directes du 23 décembre 2003 de ne pas nommer Monsieur ..., conseiller de direction adjoint à l'administration des contributions directes, aux fonctions de chef de division de la division Affaires générales de la Direction de la même administration* ».

Par requête déposée en date du 11 octobre 2005 Monsieur ... a fait déposer un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de cet arrêté grand-ducal du 6 septembre 2005.

A l'appui de son recours le demandeur fait plaider que l'arrêté grand-ducal déféré au tribunal violerait le principe d'égalité inscrit à l'article 11 de la Constitution, qui au niveau des fonctionnaires se traduirait par la nécessité de l'égalité de l'accès à l'emploi et a fortiori par la nécessité du respect du principe de mobilité.

Il estime que l'administration, si elle doit concilier les besoins du service et les intérêts légitimes des fonctionnaires, ne pourrait cependant pas s'opposer à la nomination d'un candidat disposant d'une formation plus poussée et mieux adaptée à l'emploi. Il relève que le principe même de mobilité aurait pour finalité d'assouplir les carrières, d'élargir l'expérience professionnelle et de lutter contre les cloisonnements, de sorte que l'administration, en ne retenant pas sa candidature du fait de son appartenance au cadre de la carrière supérieure, imposerait une règle discriminatoire et violerait par conséquent le principe de l'égal accès des citoyens, et plus particulièrement le principe de l'égalité des chances en matière de nomination.

Il relève par ailleurs à ce sujet que d'autres fonctionnaires, issus de la carrière supérieure, se seraient vus muter sans problèmes à la direction d'une division, de sorte que l'argument à la base de son refus serait dénué de tout fondement.

Il oppose encore à l'arrêté grand-ducal litigieux de violer l'article 6 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires ainsi que l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.

Il reproche plus particulièrement au directeur de rester en défaut de préciser concrètement l'intérêt du service en cause, de ne pas préciser d'ailleurs non plus de quelle façon la continuité des cadres exclurait le requérant du choix des candidatures pour le poste vacant, ainsi que de se prévaloir de la « *technicité spéciale* » du poste qu'il occupe actuellement, sans pour autant expliquer pourquoi à son sens une telle technicité prohiberait certains cas de mutation.

Il conclut que le fait pour l'administration de se limiter à reprendre des formules générales et abstraites, sans tenter de préciser concrètement comment les raisons de fait permettent de justifier la décision, équivaudrait à une absence de motivation, mettant le juge administratif dans l'impossibilité de contrôler la légalité de l'acte.

Il fait ensuite valoir que l'article 4 du règlement grand-ducal modifié du 19 octobre 1977 fixant l'organisation de l'administration des Contributions directes, réservant aux seuls inspecteurs de direction premiers en rang et inspecteurs de direction la gestion des différentes divisions de l'administration des Contributions directes serait « *en nette contradiction avec le principe de mobilité des fonctionnaires* ».

Finalement, il met en doute la légalité du règlement grand-ducal précité du 19 octobre 1977 pris en application de la loi du 17 avril 1964 portant réorganisation de l'administration des Contributions directes en ce que le prédit règlement aurait dépassé le cadre lui délégué par la loi habilitante. En effet, le législateur aurait laissé au pouvoir réglementaire le seul soin de « *fixer l'importance des services et de la direction et d'y attacher le nombre de fonctionnaires qu'ils requièrent* » ainsi que « *l'organisation de la direction et les attributions de son personnel* ».

Il estime que le législateur n'a entendu habiliter le pouvoir réglementaire ni à créer de nouveaux services au sein de l'administration des Contributions directes ni de fixer les conditions d'attribution des fonctions en considération de la carrière à laquelle appartient le fonctionnaire.

Or, le règlement grand-ducal en question créerait des services et soumettrait l'attribution de postes à responsabilité à la condition de l'appartenance à la carrière moyenne, de sorte à dépasser, à son avis, la base habilitante lui conférée, et devrait dès lors encourir l'annulation.

Le délégué du Gouvernement rétorque que l'article 10 bis, qui consacre le principe de l'égalité devant la loi, et non pas l'article 11 de la Constitution, tel qu'invoqué par le demandeur dans sa requête, n'aurait pas été violé, dans la mesure où les différents fonctionnaires qui ont présenté leur candidature n'auraient pas été dans la même situation de droit et de fait.

En ce qui concerne le principe de mobilité et de polyvalence, il constate qu'en l'espèce, en raison de la spécificité de son poste, le postulant aurait dû abandonner le service spécialisé de l'informatique, où il jouissait d'une grande expérience, pour intégrer une division où il aurait dû s'astreindre à une longue période d'initiation, incompatible avec les intérêts de service et de la fonction de chef de service.

Il conclut ensuite à une motivation suffisante de la décision déférée, et si besoin en était, au tribunal de considérer que les motifs à la base auraient été complétés par son mémoire en réponse.

Il fait finalement état de ce que le règlement grand-ducal précité du 19 octobre 1977 serait conforme à la ratio legis de la loi précitée du 17 avril 1964.

Dans son mémoire en réplique, le demandeur soutient que l'exclusion des fonctionnaires de la carrière supérieure du cercle des personnes à retenir au titre de la candidature de chef de division constituerait une discrimination en raison de la carrière à laquelle appartiendrait le candidat, discrimination qui ne serait justifiée par aucun élément objectif.

Le fait que trois fonctionnaires de la carrière supérieure occupent les fonctions de chef de division auprès de l'administration des Contributions directes manifesterait le « *besoin*

organisationnel » de l'administration de permettre à des fonctionnaires de la carrière supérieure à occuper ces postes.

Il soutient ensuite que les références aux qualités professionnelles du candidat retenu seraient inopérantes au regard de la méconnaissance de la règle de l'égal accès des fonctionnaires aux emplois.

Par ailleurs, l'argument de la spécificité du poste actuellement occupé par le demandeur ne serait nullement vérifié en l'espèce, alors que le demandeur aurait participé depuis plusieurs années à la gestion de la division informatique, incluant la planification des tâches à long terme, entretiens de recrutement, établissement des budgets et encadrement du personnel.

Il réitère ensuite son argumentation quant à l'insuffisance de motivation de l'acte déferé en se référant à une jurisprudence du tribunal.

Quant à l'illégalité du règlement grand-ducal précité de 1977, il estime qu'il faudrait faire une distinction entre les notions « *d'organisation du service* » et « *création de service* », dans la mesure où le service ne pourrait être organisé une fois le service créé. Ainsi, il estime que le législateur n'a pas entendu habiliter le pouvoir réglementaire à créer de nouveaux services, de sorte que le règlement précité, en en créant, serait illégal.

Dans son mémoire en duplique, le délégué du Gouvernement réfute à nouveau l'argument qu'il y aurait eu violation de l'article 10 bis de la Constitution, ainsi que le fait d'une motivation insuffisante de la décision litigieuse.

En ce qui concerne l'illégalité du règlement grand-ducal précité du 19 octobre 1977, il fait valoir que l'analyse faite par le demandeur de la notion d' « *organisation de service* » et de « *la création de service* » serait fautive et même absurde dans la mesure où les différentes *divisions* de la Direction ne constitueraient pas des « *services* ».

Si le juge administratif est saisi d'un recours en réformation dans une matière dans laquelle la loi ne prévoit pas un tel recours, il doit se déclarer incompétent pour connaître du recours (cf. trib. adm. 28 mai 1997, n° 9667 du rôle, confirmé par Cour adm. 10 octobre 1997, n° 10082C du rôle, Pas. adm. 2005, V° Recours en réformation, n° 5 et autres références y citées).

Aucune disposition légale ne prévoyant un recours de pleine juridiction en la présente matière, le tribunal administratif est incompétent pour connaître du recours en réformation introduit en ordre principal. Le recours subsidiaire en annulation est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

Le demandeur reproche en premier lieu au ministre le non-respect de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 concernant la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes en ce que l'acte décisionnel critiqué n'aurait pas respecté l'obligation d'énoncer des éléments concrets de nature à justifier la décision prise. Il estime que cette insuffisance de motivation devrait entraîner l'annulation de l'acte décisionnel critiqué.

Au vœu de l'article 6 alinéa 2 du règlement grand-ducal précité du 8 juin 1979, une décision administrative « *doit formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base* » notamment lorsqu'elle « *refuse de faire droit à la demande de l'intéressé* ».

S'il est vrai qu'une décision administrative doit formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base, lorsqu'elle refuse de faire droit à une demande de l'administré, il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, l'arrêté grand-ducal du 6 septembre 2005, par référence à la proposition du directeur de l'administration des Contributions directes du 23 décembre 2003, comporte une motivation concrète tenant aux spécificités de la fonction du demandeur au sein du service informatique et à l'intérêt du service dans l'hypothèse de sa nomination comme chef de la division Affaires générales, motivation certes sommaire mais qui a néanmoins été utilement explicitée à travers les mémoires en réponse et en duplique du délégué du Gouvernement et les éléments complémentaires du dossier administratif soumis au tribunal. En présence de ces motifs valablement soumis et librement discutés entre les parties, le moyen de nullité du demandeur tiré d'un défaut de motivation valable est à rejeter.

Quant au fond le tribunal est amené à constater qu'au moment de la prise de la décision critiquée, le demandeur a fait partie du cadre de la carrière supérieure, en occupant la fonction d'attaché de gouvernement 1^{er} en rang, grade 13, alors que l'appel de candidature a été adressé aux fonctionnaires des grades 12 et 13 de la carrière moyenne, conformément à l'article 4 du règlement grand-ducal précité du 19 octobre 1977. Ainsi, toute décision qui aurait porté son choix sur un candidat appartenant soit à la carrière supérieure soit à la carrière inférieure aurait donc d'office été irrégulière et, en principe, entachée de nullité.

Le demandeur estime à ce titre que le prédit article 4 ne serait pas applicable pour être illégal, sinon pour être contraire au principe de mobilité, ainsi qualifié et non autrement précisé.

L'argument du demandeur tenant au principe de mobilité invoqué pour écarter l'application du prédit article ne saurait être retenu par le tribunal, à défaut de toute précision afférente, ni quant à sa base légale ni quant à sa portée, mettant ainsi le juge dans l'impossibilité d'apprécier le bien fondé du moyen.

Quant à l'illégalité du prédit article 4 pour dépasser le cadre de sa base habilitante, à savoir la loi précitée du 17 avril 1964, il y a lieu de retenir qu'aux termes de son article 11 « *un règlement d'administration publique : (2) déterminera l'organisation de la direction et les attributions de son personnel* ». Sur base de cet article a été pris le règlement grand-ducal précité de 1977, et notamment l'article 4 qui dispose que « *Les inspecteurs de direction premiers en rang, les inspecteurs-informaticiens principaux premiers en rang, les inspecteurs de direction et les inspecteurs-informaticiens principaux gèrent les divisions 1 à 14 énumérées à l'article 2 ou y sont attachés comme adjoints suivant les besoins du service* ».

Force est de constater que ledit article 4, pris sur base de l'article 11 de la loi précitée de 1964, a trait à l'organisation de la direction de l'administration des Contributions directes et détermine les attributions de son personnel, en ne créant ni de nouvelles fonctions ni de nouveaux

services, tel que le prétend le demandeur, de sorte que le moyen d'illégalité est à écarter comme étant non fondé.

En ce qui concerne le deuxième motif de refus à la base de la décision litigieuse, basé sur l'intérêt du service, en ce que d'une part les besoins du service auquel le demandeur est actuellement affecté s'opposeraient à sa mutation vers le poste brigué et, d'autre part, sur l'existence d'une expérience professionnelle du candidat retenu par rapport au demandeur, il est constant que l'autorité de nomination, qui est en principe libre de choisir le candidat qui lui convient le mieux pour le poste à pouvoir, en l'absence de critères de sélection basés notamment sur l'ancienneté ou d'autres critères légaux, a fourni à l'appui de sa décision des explications concrètes quant aux raisons qui l'amènent à conclure au rejet de la candidature du demandeur.

Si le droit de l'administration d'apprécier l'existence et l'étendue des besoins de service, ainsi que de choisir le personnel qui, à ses yeux, remplit le mieux ses besoins, est discrétionnaire, son exercice n'en est pas pour autant soustrait à tout contrôle juridictionnel dans ce sens que sous peine de consacrer un pouvoir arbitraire, le juge administratif, saisi d'un recours en annulation, doit se livrer à l'examen de l'existence et de l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision attaquée et vérifier si les motifs dûment établis sont de nature à motiver légalement la décision attaquée¹, sans que ce contrôle juridictionnel propre à un recours en annulation ne puisse pour autant aboutir à priver l'autorité administrative de son pouvoir d'appréciation. Si cette vérification peut ainsi s'étendre le cas échéant au caractère proportionnel de la mesure prise par rapport aux faits établis, elle ne saurait cependant porter à conséquence que dans l'hypothèse où une flagrante disproportion des moyens laisse entrevoir un usage excessif du pouvoir par l'autorité qui a pris la décision, voire un détournement du même pouvoir par cette autorité².

En l'espèce, l'argumentation basée sur l'intérêt du service est axée sur l'existence d'un avantage comparatif du candidat retenu par rapport au demandeur entrevu à partir de son aptitude respective à revêtir le poste brigué, dans la mesure que ce candidat dispose des connaissances et des compétences adéquates, ainsi que d'une longue expérience dans le service concerné pour pouvoir accomplir de façon efficace la tâche de chef de division et assumer les responsabilités qui y sont liées. En effet, le candidat retenu était non seulement en rang utile, avec une ancienneté de service de 22 ans, mais il a été le bras droit du chef de division précédent, et a exécuté, à ce titre, le travail à la plus grande satisfaction de son supérieur et dispose en conséquence des connaissances et expérience requises dans une position dirigeante qui est celle de chef de division des Affaires générales. Il est encore relevé que le demandeur ne disposerait d'aucune expérience en matière des Affaires générales, mais par contre de compétences et de qualifications spécifiques dans le domaine informatique qui le rendraient indispensable dans le service auquel il est actuellement affecté, de sorte que l'intérêt des deux services en question s'opposerait à sa mutation vers le poste brigué.

Cette motivation, qui ressort, entre autres, d'une lettre du directeur de l'administration des Contributions directes du 2 avril 2004 au ministre des Finances, ne saurait encourir en l'état le

¹ Cf. Trib. adm. 18 juin 1998, n° 10617 et 10618 du rôle, Pas. adm. 2004, V° Fonction publique, n° 77 et autres références y citées, p. 308

² Cf. Cour adm. 26 novembre 2002, n° 15233C du rôle, Pas. adm. 2004, V° Recours en annulation, n° 12 et autres références y citées, p. 655

reproche d'être manifestement disproportionnée par rapport au but poursuivi consistant à préserver aux mieux l'intérêt des services (divisions) concernés.

Cette conclusion ne saurait être énervée par les exemples d'autres agents ayant bénéficié d'une telle mutation en tant que chef d'une division autre que celle des Affaires générales, étant donné qu'il n'est nullement établi que les agents en cause se trouvaient dans la même situation de droit et de fait que le demandeur, ni qu'un autre candidat potentiel était susceptible de briguer le poste en question. Le tribunal ne saurait dès lors retenir une violation du principe d'égalité découlant de l'article 10 bis de la Constitution.

Il se dégage de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours en annulation laisse d'être fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement ;

se déclare incompétent pour connaître du recours en réformation ;

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond le dit non justifié et en déboute ;

condamne le demandeur aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 5 avril 2006 par :

Mme Lenert, vice-président,
Mme Lamesch, premier juge,
M. Sünner, juge,

en présence de M. Schmit, greffier en chef.

s. Schmit

s. Lenert